



Ludwig-
Maximilians-
Universität
München



Lehr- und Forschungseinheit für

**Heute:
Leistungsstörungen**

Vorlesung im Wintersemester 2008 / 2009

Juristisches IT-Projektmanagement

Notwendige Vorbereitungen für komplexe IT-Projekte

Vertragsorientiertes Projektmanagement

Sanierung von IT-Projekten in der Krise

Dr. Frank Sarre

Lehrbeauftragter der LMU München

Begriff der Pflichtverletzung

Eine Pflichtverletzung ist eine **Leistungsstörung**.

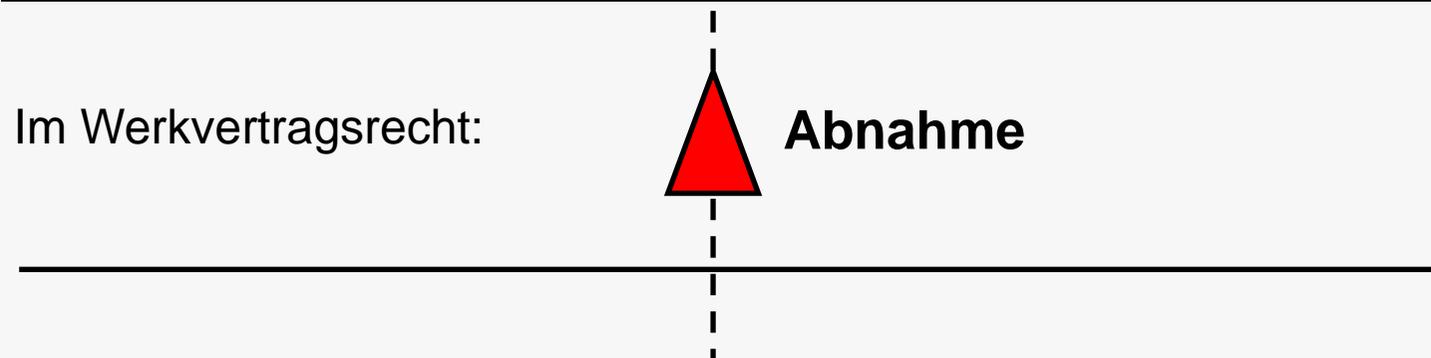
Beispiele:

- die Unmöglichkeit
- das Unvermögen
- die teilweise Nichtleistung
- die verzögerte Leistung
- die Schlechtleistung
- die positive Forderungsverletzung
- das Verschulden bei Vertragsabschluss
- die Verletzung von Schutzpflichten

→ **Einer Pflichtverletzung sollte ein Auftraggeber mit einer Fristsetzung oder einer Mahnung begegnen**

Was sind typische Leistungsstörungen?

(Noch) nicht geliefert	Geliefert
Verzögerung der Leistung	Mangelhafte Leistung
Ausbleiben der Leistung	
Verletzung von Neben- und Sorgfaltspflichten	



Begriff des Mangels im Werkvertragsrecht

BGB § 633 (Sach- und Rechtsmangel)

- (1) Der Unternehmer hat dem Besteller das Werk **frei von Sach- und Rechtsmängeln** zu verschaffen.
- (2) Das Werk ist frei von **Sachmängeln**, wenn es die **vereinbarte Beschaffenheit** hat. Soweit die Beschaffenheit nicht vereinbart ist, ist das Werk frei von Sachmängeln, wenn es sich für die **nach dem Vertrag vorausgesetzte**, sonst für die **gewöhnliche Verwendung** eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Werken der gleichen Art üblich ist und die der Besteller **nach der Art des Werks erwarten kann**.
Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Unternehmer **ein anderes** als das bestellte Werk oder das Werk **in zu geringer Menge** herstellt.
- (3) Das Werk ist frei von **Rechtsmängeln**, wenn Dritte **in Bezug auf das Werk keine oder nur die im Vertrag übernommenen Rechte gegen den Besteller geltend machen können**.

Siehe dazu auch den Mangelbegriff im Kaufrecht, § 434 (Sachmangel), nächste Folie

Begriff des Mangels im Kaufrecht

BGB § 434 (Sachmangel)

(1) Qualitätsmangel

- Die **vereinbarte Beschaffenheit** ist nicht gegeben
- Die Sache eignet sich **nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung**
- Die Sache eignet sich **nicht für die gewöhnliche Verwendung**
- Die Sache weist **nicht die übliche Beschaffenheit** auf
- Die Beschaffenheit **entspricht nicht der, die der Käufer erwarten kann**
- Die Beschaffenheit **widerspricht z.B. Werbeaussagen**

(2) Montagemangel

- Die vereinbarte **Montage ist unsachgemäß**
- Die **Montageanleitung** ist **mangelhaft**, es sei denn, die Montage ist trotzdem gelungen

(3) Falsche Menge, Falschlieferung

- Die Sache wurde in **falscher Menge geliefert**
- Es wurde **eine andere (falsche) Sache** geliefert

Mangelhafte Leistung (3)

Begriff des Mangels (im IT-Recht)

Ein Mangel liegt dann vor, wenn das Werk (also die Software) **negativ von den für sie geltenden Vorgaben abweicht.**

Entscheidend ist also, dass die **Ist-Beschaffenheit** der Software negativ von der **Soll-Beschaffenheit** abweicht.

→ Problem in der Praxis:

Es herrscht nicht nur **Streit** über die **Ist-Beschaffenheit**, sondern häufig auch über die **Soll-Beschaffenheit!**

→ Zur Bestimmung der Soll-Beschaffenheit **muss nicht unbedingt** ein **Pflichtenheft** vorliegen. Es sind zum Beispiel auch Anforderungen zu erfüllen, die sich aus der gewöhnlichen Verwendung ergeben.

Beispiele von (erheblichen) Mängeln (1)

- Durch Fehleingaben können **Dateninkonsistenzen** erzeugt werden
- **Programmabsturz** bei einem geringfügigen Bedienungsfehler
- Das System zeigt ein **zu langsames Antwortzeitverhalten**
- Das Programm wurde mit einem **Virus** geliefert
- Nennenswerte **Abweichungen** vom spezifizierten **Ressourcenbedarf**
- **Fehlende oder schwer verständliche Fehlermeldungen**
- Falscher Ausdruck von **Umlauten**
- **Nicht verständlich kommentierter Quellcode**
- Der **Bedienungskomfort** entspricht nicht dem Stand der Technik

Beispiele von (erheblichen) Mängeln (2)

- **Programmsperren**, die die Nutzung der Software einschränken (außer, es ist explizit vereinbart!)
- **Zwang zur Registrierung** beim Software-Hersteller (außer, es ist explizit vereinbart!)
- Ein individuell entwickeltes Programm, das **nicht nach dem Stand der Programmiertechnik** erstellt wurde

Wichtig im Umgang mit Mängeln:

- Mängel müssen immer, wenn sie geltend gemacht werden sollen, **explizit benannt werden**
- **Mängelbezogene Fristsetzungen** sind üblich, ja sogar notwendig

Im Werkvertrag vor der Abnahme:

Ablehnung der Abnahme nur bei erheblichen Mängeln

Im Werkvertrag nach der Abnahme:

Der Kunde hat **Ansprüche wegen Rechts- und Sachmängeln**

Im Werkvertrag vor der Bereitstellung zur Abnahme:

„Nur“ **Herstellungs- / Erfüllungsanspruch**
(in Verbindung mit Fristsetzung)

- Kunde und Unternehmer vereinbaren einen Termin zur Lieferung
- Falls der Fertigstellungstermin verstreicht, befindet sich der Unternehmer im „**Verzug**“
- Der Auftraggeber kann eine Nachfrist setzen:
„Stellen Sie das Werk vertragsgemäß her bis zum“
- Verstreicht die Nachfrist fruchtlos, kann der Auftraggeber Rücktritt und Schadensersatz geltend machen
(bei größeren Projekten wäre u.U. eine weitere Runde erforderlich)

Ausbleiben der Leistung - Beispiel (1)

Der Automobilhersteller A vereinbart mit der Softwarefirma S die Lieferung einer Standard-CAD-Software. Die Lieferung soll am 30.6.2008 erfolgen.

Gleichzeitig beauftragt der Automobilhersteller einen Dienstleister D, der mit der neuen CAD-Software das neue Auto A10 konstruieren soll. Dies soll ab dem 1.7.2008 geschehen.

S kann aus einem bestimmten Grund die Software nicht liefern.

D findet am 1.7.2007 keine CAD-Software vor und kann nicht arbeiten, obwohl zuvor darüber ein Vertrag geschlossen wurde.

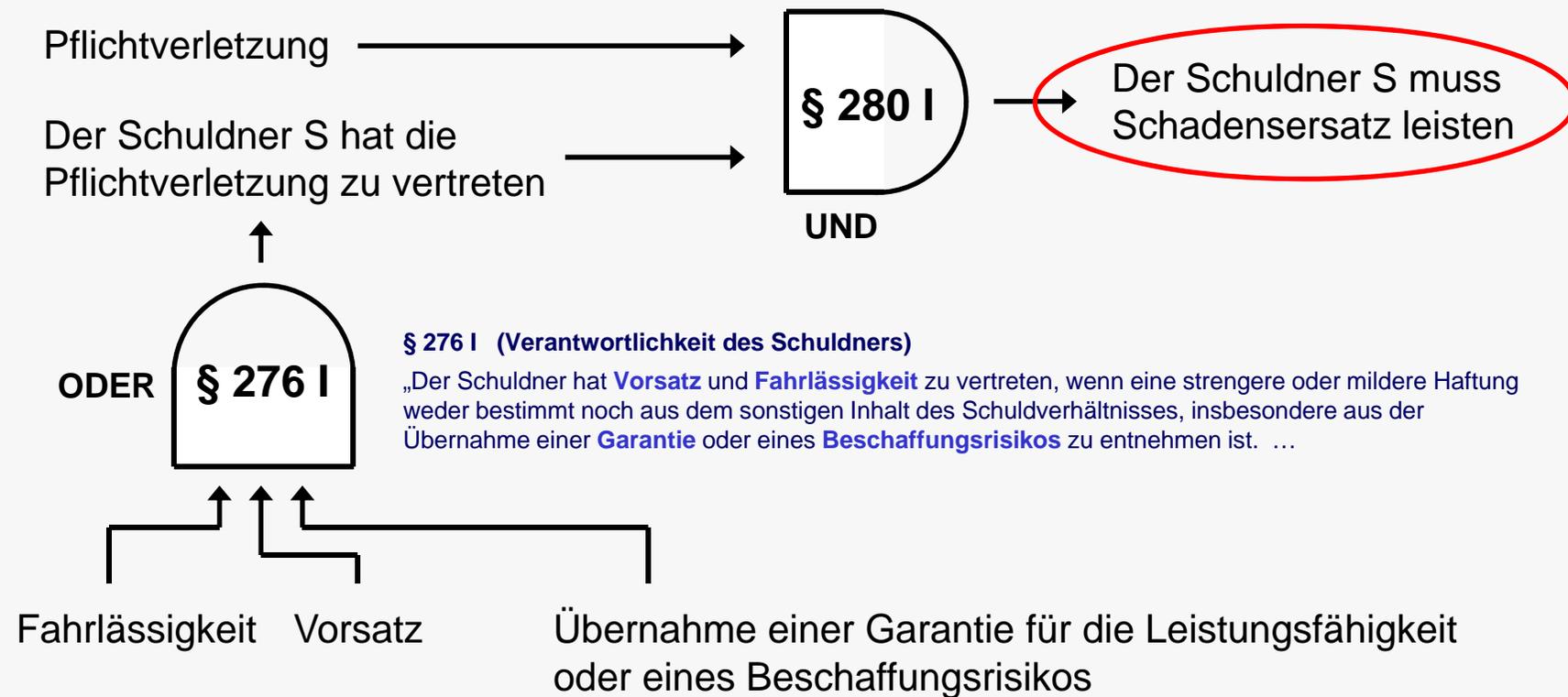
→ **Unter welchen Voraussetzungen kann A von S Schadensersatz neben der Leistung verlangen?**

Ausbleiben der Leistung - Beispiel (2)

Anspruchsgrundlage =

BGB § 280 I (Schadensersatz wegen Pflichtverletzung)

„**Verletzt** der Schuldner eine **Pflicht** aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung **nicht zu vertreten** hat.“



Ausbleiben der Leistung - Beispiel (3)

A ist darüber verärgert, dass S nicht vereinbarungsgemäß geliefert hat.

Kann sich A nun sofort **vom Vertrag lösen** und einen **Konkurrenzlieferanten K** beauftragen?

→ Voraussetzung für den Rücktritt von A vom Vertrag wäre das **fruchtlose Verstreichen einer angemessenen Nachfrist** (§ 323 I)

Voraussetzungen

- **Nichtlieferung nach einer angemessenen Nachfrist** ODER
- **Verweigerung** der Lieferung durch den Unternehmer ODER
- Der Unternehmer hat eine **Garantie** abgegeben, termingerecht und mangelfrei zu liefern
- Sonstige Gründe

Der **Rücktritt** ist für den Auftraggeber **ausgeschlossen**, wenn

- er den **Rücktrittsgrund zu vertreten** hat (oder weit überwiegend zu vertreten hat)
- es sich nur um einen **unerheblichen Mangel** handelt.

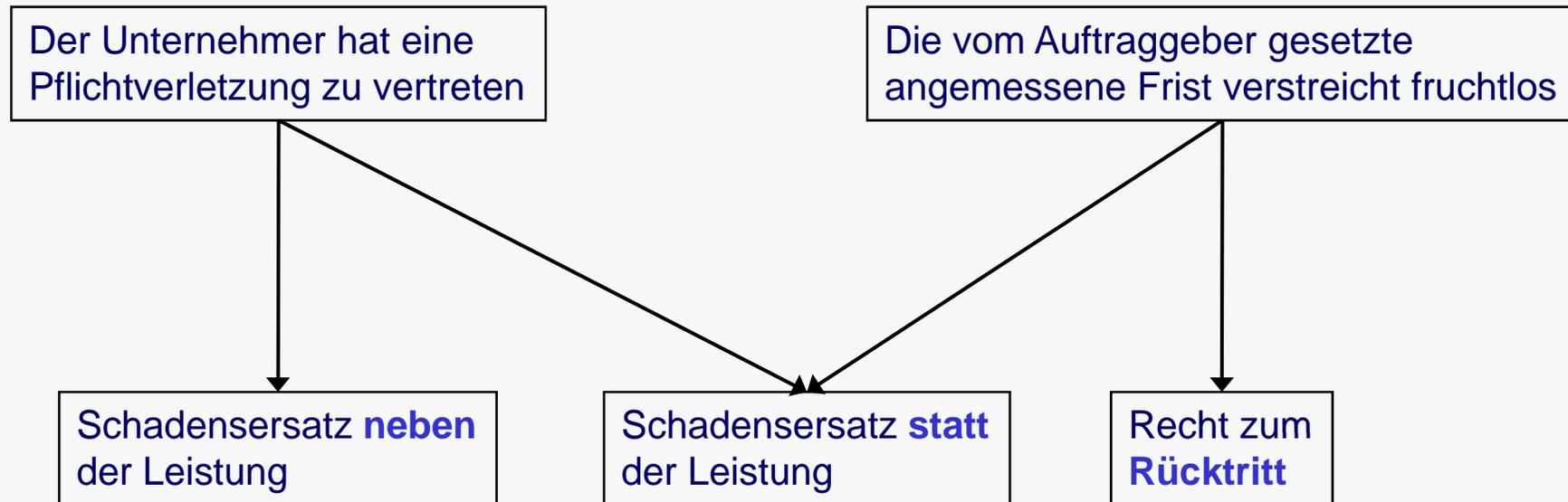
Folgen des Rücktritts

Der Kunde ist **im Falle des Scheiterns der Nacherfüllung** u.a. berechtigt, vom Vertrag zurück zu treten:

- Die Folge ist, dass er das, was er erhalten hat, zurück gibt und das, was er bereits (an Zahlungen) geleistet hat, zurückverlangen kann.
- Die Frage ist dann immer, **ob der Kunde auch dafür etwas zu zahlen hat, dass er die Sache während der Zeit bis zum Rücktritt nutzen konnte.**

Evtl. bedarf es dazu eines eigenen Gutachtens, um wiederum den Nutzungswert bzw. den Grad der Minderung durch den Mangel, weshalb der Rücktritt erfolgte, zu belegen.

Generelle Rechtsfolgen



Wichtig und interessant:

- Schadensersatzansprüche und das Recht zum Rücktritt bestehen nebeneinander

Schadensersatz statt der Leistung

Schadensersatz statt der Leistung =

Der sog. „**große Schadensersatz**“

(**der Kunde will so gestellt werden, als wäre der Vertrag erfüllt worden**)

- Nur möglich, wenn die angemessene Nachfrist erfolglos abgelaufen ist
- Nur möglich, wenn der Unternehmer die Pflichtverletzung zu vertreten hat
- Nur möglich, wenn es auch ein Rücktrittsrecht gibt

Alternative:

Ersatz vergeblicher Aufwendungen (BGB § 284)

- Die **nicht rechtzeitige Fertigstellung** einer Software zu einem fest vereinbarten Termin ist ein typischer Verzugsfall.
 - Wenn sich der Unternehmer herausreden will, dass er an den Verzögerungen keine Schuld habe, ist er **darlegungs- und beweispflichtig**
- Die Ansprüche aus Verzug und Betriebsstörungsschaden **können nebeneinander bestehen** und sind daher sorgfältig voneinander abzugrenzen.

Merke:

Überschreiten von Zwischenterminen im Projekt **führt (juristisch) nicht zum Verzug!**

Beispiel zum Verzug (1)

A kauft bei S für 250.000 EUR eine **Standardsoftware**, die vorrätig sein soll. Die Lieferung der Software erfolgt aber **aus Nachlässigkeit nicht**.

A benötigt die Software aber zur Konstruktion eines neuen Automodells sofort. Daher **mietet** sich A eine andere, gleichwertige Standardsoftware von einem Hersteller T für 1.000 EUR pro Tag. Nach 7 Tagen verlangt A von S den **Ersatz der Mietkosten** in Höhe von 7.000 EUR und mahnt die **Lieferung der ursprünglich gekauften Software** binnen 3 Tagen an.

S liefert auch **nach Ablauf dieser Nachfrist nicht**. A kauft nun die Software von T, die allerdings 280.000 EUR kostet.

Ist S zu **Schadensersatz** verpflichtet und wenn ja, **in welcher Höhe?**

Beispiel zum Verzug (2)

A will von S

- a) die Mietkosten (7.000 EUR)
- b) den Ersatz der Mehrkosten für die Ersatzsoftware (30.000 EUR)

Ist das gerechtfertigt?

Beispiel zum Verzug (3)

Zu a)

Von dem Zeitpunkt an, an dem sich S in Verzug befindet, muss S dafür **Schadensersatz** leisten.

Der **Verzug** beginnt hier jedoch **erst mit der Mahnung** von S, da zuvor kein Liefertermin bestimmt war.

→ Die Mietkosten für die Software **können nicht verlangt werden.**

Zu b)

Die Nachfrist ist angemessen und verstreicht fruchtlos

→ Schadensersatz statt der Leistung

→ **S muss A zu stellen, als wäre geliefert worden**

→ Die Forderung nach den 30.000 EUR Mehrkosten ist **gerechtfertigt**

Beim Kaufvertrag sowie beim Werkvertrag ist ausdrücklich eine „**Nacherfüllung**“ vorgesehen:

- Bei nicht vertragsgemäßer Lieferung muss der Käufer / Auftraggeber zunächst die Nacherfüllung verlangen (d.h. der Verkäufer / Auftragnehmer hat das Recht, die Nacherfüllung zu leisten)
- Beim **Kauf** hat der Kunde das **Wahlrecht** zwischen
 - Nachbesserung oder
 - Neulieferung
- beim **Werkvertrag** hat der Unternehmer das **Wahlrecht** zwischen
 - Mängelbeseitigung oder
 - Neulieferung

Ersatzvornahme

Der Kunde ist im Falle des Scheiterns der Nacherfüllung u.a. berechtigt, einen Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen (§ 634 Nr. 2 BGB).

BGB § 638 (Minderung)

- (1) **Statt zurückzutreten**, kann der Besteller die **Vergütung** durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer **mindern**.
...
- (2) ...
- (3) Bei der Minderung ist die Vergütung in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Vertragsschlusses der Wert des Werkes in mangelfreiem Zustand zu dem wirklichen Wert gestanden haben würde. Die Minderung ist, soweit erforderlich, durch Schätzung zu ermitteln.
- (4) Hat der Besteller mehr als die geminderte Vergütung gezahlt, so ist der Mehrbetrag vom Unternehmer zu erstatten.
...

Minderung (2)

Minderung setzt voraus, dass eine Abnahme erfolgt ist!

Vorsicht:

Minderungsverlangen wird der Abnahme gleichgesetzt, wenn diese noch nicht explizit erklärt wurde.

Verletzung sonstiger Pflichten des AN

- Hinweis- und Beratungspflichten
- Geheimhaltungspflichten
- Nachträglicher Einbau von Programmsperren

Verletzung sonstiger Pflichten des AG

- Verletzung der Mitwirkungspflichten
- Fehlende Durchführung der Abnahme

Die **Kündigung** statt Rücktritt ist immer dann sinnvoll, wenn der Kunde **eine Teilleistung behalten möchte**.

Daneben ist in der Praxis relevant:

- Spezielles Kündigungsrecht des Bestellers (§ 649 BGB)
(Kündigung ohne Grund!)
- Recht auf außerordentliche Kündigung

Beendigungsvoraussetzungen und –folgen:

Der Auftraggeber kann jederzeit das Projekt beenden (§ 649 BGB). Ist im Vertrag nichts besonderes vorgesehen, muss er die **volle Vergütung** abzüglich dessen zahlen, was sich der Auftragnehmer erspart oder ...

Problem:

Viele Auftraggeber erklären im Rahmen von Projektkrisen den "Stopp". Dies muss **nicht als außerordentliche Kündigung** qualifiziert werden, sondern kann eine Kündigung nach § 649 BGB sein.

Ein Dienstvertrag bzw. ein dienstvertragähnliches Verhältnis könnte nach § 626 BGB **nur innerhalb einer 14 Tagesfrist** gekündigt werden, bedürfte aber in der Regel keiner Abmahnung.

Ausstiegsszenarien (2)

Das Projekt ist zugleich auch ein **Dauerschuldverhältnis**, das nach § 314 BGB gekündigt werden kann. Dies setzt aber voraus, dass bei Vertragsverletzungen als wichtiger Grund eine **Abhilfefrist** gesetzt wird **und diese fruchtlos verstreicht** (oder dies nicht zumutbar wäre). Dies kann in Verträgen auch noch stärker ausgearbeitet werden.

Jedenfalls wirkt die Kündigung so, dass nicht klar ist, **was mit den bereits bezahlten Leistungen seitens des Auftraggebers / mit den bisher erbrachten Leistungen des Auftragnehmers** zu geschehen hat.

→ In der Regel sind diese Leistungen (wechselseitig) zu vergüten.

Ausstiegsszenarien (3)

Nach einer älteren Entscheidung, die noch nicht auf § 314 BGB fußen konnte und wo Aufwandsvergütung vereinbart war:

- Wenn der Auftragnehmer die noch ausstehende Vergütung für bereits erbrachte Leistungen verlangt, **muss er nachweisen, dass diese Leistungen für den Auftraggeber verwertbar sind.**
- Wenn der Auftraggeber für bereits erbrachte Leistungen, die er bereits bezahlt hat, sein Geld zurück verlangt, muss er darlegen, **dass er mit diesen erbrachten Leistungen nichts anfangen kann.**

Siehe BGH vom 25.03.1993, CR 1993, 159

Infolge dessen kann es sich für den Kunden empfehlen, überhaupt nicht zu kündigen, sondern **Rücktritt und Schadensersatz** geltend zu machen, was in Kombination nach neuem Schuldrecht kein Problem wäre. Das einzige Problem könnte in dem Nachweis des Verschuldens bestehen.

Exkurs: „Betriebsstörungsschaden“

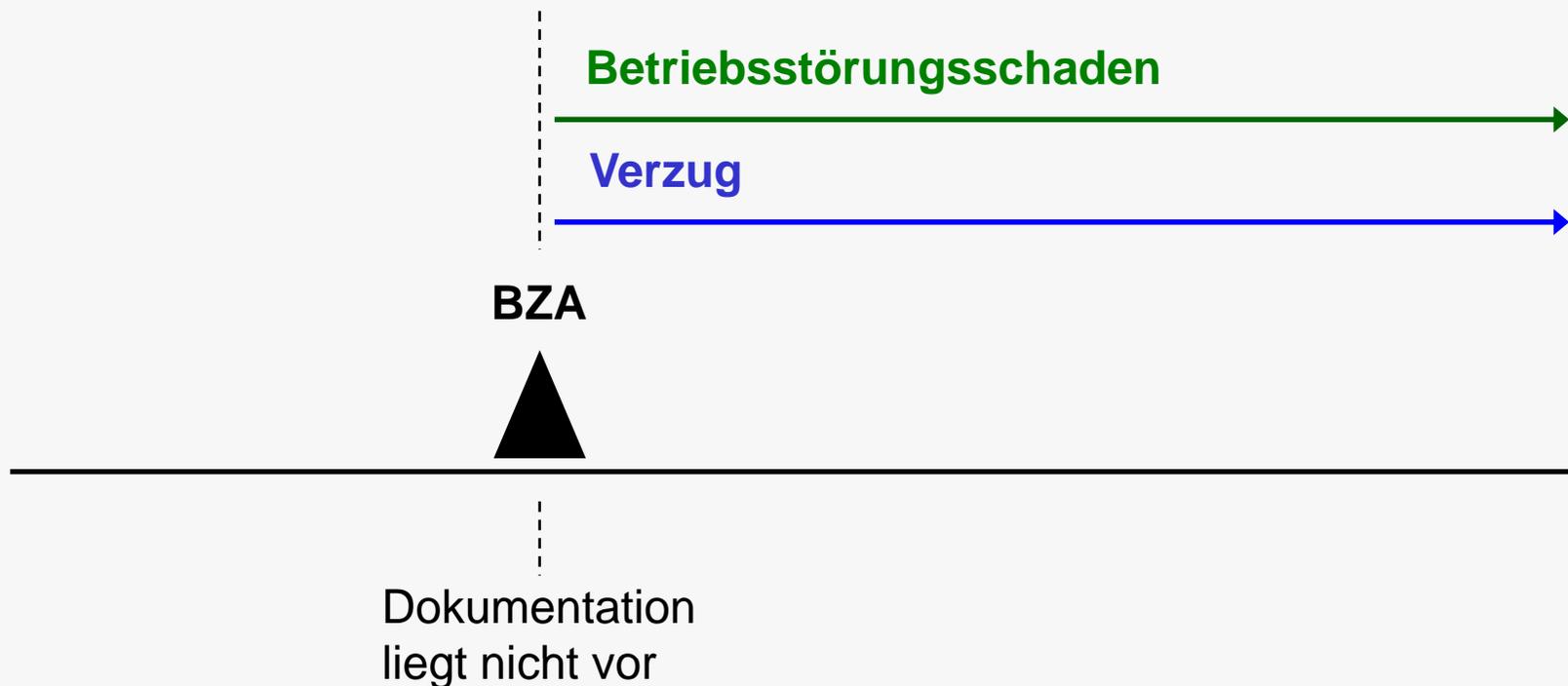
Im IT-Bereich ist es Gang und Gebe, dass die vereinbarten Termine nicht gehalten werden.

Dies ist für den Auftragnehmer unter zwei Aspekten besonders riskant:

1. Selbst wenn der Termin nicht als Festtermin vereinbart ist, **genügt eine einfache Fristsetzung** seitens des Auftraggebers, um den Auftragnehmer in **Verzug** zu setzen.
2. Ist der Termin fest vereinbart, kommt der Auftragnehmer nicht nur **sofort in Verzug**, sondern **haftet evtl. schon unmittelbar für den sog. „Betriebsstörungsschaden“**.

Ausstiegsszenarien (5)

Liefert z.B. der Auftragnehmer die **Dokumentation** noch nicht mit, mag zwar die Installation technisch erfolgreich sein, ist aber nicht nur nicht erfüllt, sondern entsteht auch ein Anspruch des Auftraggebers auf Ersatz der Betriebsstörung, also insbesondere des Betriebsausfalls.



Juristische Anmerkung:

Es war längere Zeit strittig, ob der Auftragnehmer nicht zunächst erwarten kann und darf, dass der Auftraggeber von ihm Nacherfüllung verlangt und erst bei Scheitern dann dieser Anspruch entsteht.

Inzwischen scheint wohl die überwiegende Meinung der Auffassung zu sein, dass dieser sog. Nutzungsausfall bzw. Betriebsausfall als **einfacher Schadensersatz neben der Leistung** bzw. der Nacherfüllung **geltend gemacht werden kann** (allerdings auch zum Verspätungsschaden wegen Verzögerung der Nacherfüllung abzugrenzen ist).

Risiko:

Wenn der Auftraggeber nicht aussteigt, muss der Auftragnehmer erfüllen bzw. nacherfüllen und den Betriebsausfallschaden erstatten!

Vorgehen nach Scheitern

- Ist sichergestellt, dass der **Zeitpunkt des Projektstopps** richtig gewählt wurde und dass alle notwendigen Voraussetzungen erfüllt waren?
- Falls die Absicht besteht, das Projekt tatsächlich abubrechen, ist die **sofortige Sicherung** des Projektstands unerlässlich.
- Lässt sich das Projekt sofort **in den wesentlichen Schritten rekonstruieren und dokumentieren**?
- Gibt es noch irgendwelche **verwertbaren Leistungen**?
- Zu welchen Leistungen **wäre der Auftragnehmer noch bereit** und ließe sich so „noch etwas zum Laufen bringen“?
- Auf **welche Mitarbeiter** ist Verlass, die für weitere Arbeiten und ggf. später im Gerichtsprozess benötigt werden?
- Existieren Möglichkeiten der **Mediation**?

„Befundsicherung“ (1)

Der Begriff stammt wohl im Wesentlichen aus dem Produkthaftungsrecht; er hat seinen Weg in die Vertragsgestaltung über eine Entscheidung des BGH gefunden.

Bei dem fraglichen Sachverhalt konnte der Auftragnehmer nicht beweisen, in welchem Zustand sich das System / die Software bei Übergabe bzw. bei Gefahrübergang genau befand. Auch der Sachverständige konnte dies nicht mehr herausfinden.

Es ging um die Frage, **ob die Datensicherung bereits bei Übergabe der Software nicht funktionierte** oder ob dies erst später der Fall war.

BGH vom 02.07.1996, CR 1996, 663, - Optikfachgeschäft

„Befundsicherung“ (2)

Praktisch ergibt sich aus der Entscheidung, dass unter Beweisaspekten der Auftragnehmer dokumentiert, **in welchem Zustand genau die Tests abgeschlossen wurden**. Dies gilt v.a. dann, wenn keine "formelle" Abnahme stattfindet.

Anders gesagt:

Je mehr die Abnahme in Einzelschritte zerlegt wird, um so wichtiger ist es, den Übergang, dass also alles fertig war und in welchem Zustand es sich dabei befand, zu dokumentieren und eben **als "Befund" zu sichern**.

Aus Sicht eines Sachverständigen ist dazu folgende Art der Befundsicherung von grundlegender Bedeutung:

Testprotokolle

(was wurde wann wie von wem unter welchen Randbedingungen getestet und mit welchem Ergebnis)